

VU Research Portal

Over de regeling van vergunningen, ontheffingen, beschikkingen en toestemmingen in de MBO met bijbehorende UAV-GC 2005

Jansen, Chris

published in

Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap
2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Jansen, C. (2019). Over de regeling van vergunningen, ontheffingen, beschikkingen en toestemmingen in de MBO met bijbehorende UAV-GC 2005. In P. J. Huisman, A. R. Neerhof, & F. J. Van Ommeren (Eds.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap: Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma* (pp. 403-413). Instituut voor Bouwrecht.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap

Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma

Onder redactie van:
mr. dr. P.J. (Pim) Huisman
prof. dr. A.R. (Richard) Neerhof
prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren

Eerste druk



's-Gravenhage - 2019

Over de regeling van vergunningen, ontheffingen, beschikkingen en toestemmingen in de MBO met bijbehorende UAV-GC 2005

Prof. mr. C.E.C. (Chris) Jansen

1 Inleiding

De eerste keer dat ik Jan Struiksma ontmoette, was tijdens de NIROV conferentie van 29 september 1994.¹ Hij had mij uitgenodigd om te komen spreken over de betekenis van het Europees aanbestedingsrecht voor publiek-private samenwerkingen. Tien jaar later ontmoetten wij elkaar opnieuw, toen ik aan de VU werd benoemd. Wij werden collega's in hetzelfde onderzoeksprogramma en - enkele jaren later - in het *Centre for Public Contract Law & Governance* (CPC). Binnen het CPC verrichten wij onderzoek naar publiek-private rechtsverhoudingen. Onze interesses ontmoeten elkaar daar waar het omgevingsrecht en het bouwcontractenrecht overlappen: de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's tussen opdrachtgever en aannemer wat betreft de voor de realisatie van een bouwproject benodigde toestemmingen. Dat onderwerp heeft de afgelopen jaren bijzondere kleur gekregen als gevolg van de transitie van traditionele naar geïntegreerde bouworganisatievormen. Aannemers dragen in toenemende mate verantwoordelijkheid voor het ontwerp van het door hen te realiseren bouwproject en - in het verlengde daarvan - voor het verkrijgen van de daarvoor benodigde toestemmingen. Om deze ontwikkeling te faciliteren, is onder auspiciën van de CROW² een paritair modelcontract ontwikkeld dat uit twee delen bestaat: de Model Basisovereenkomst (MBO) en de bijbehorende Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contractvormen 2005 (UAV-GC 2005). Artikel 6 MBO en hoofdstuk 5 UAV-GC regelen gezamenlijk de verantwoordelijkheden en risico's met betrekking tot toestemmingen.

Op dit moment buigt een door de CROW ingestelde preadviescommissie zich over de herziening van het modelcontract. Het doel van deze bijdrage is de opmerkingen en suggesties die vanuit de praktijk ten aanzien van de regeling van toestemmingen naar voren

1 Nederlands Instituut voor Ruimtelijke Ordening en Volkshuisvesting. Het NIROV is inmiddels opgegaan in de onafhankelijke kennis- en netwerkorganisatie Platform31.

2 De eigenaam CROW is oorspronkelijk een afkorting van Centrum voor Regelgeving en Onderzoek in de Grond-, Water- en Wegenbouw en de Verkeerstechniek.

zijn gebracht te analyseren en na te gaan of en hoe zij in een eventuele herziening zouden kunnen worden verdisconteerd.³ Het neutrale containerbegrip ‘toestemmingen’ zal ik hierna blijven hanteren.⁴ Ik doe dat om te voorkomen dat ik telkens de in de MBO en UAV-GC gebruikte opsomming ‘vergunningen, ontheffingen, beschikkingen en toestemmingen’ moet gebruiken. Die opsomming zou vanuit bestuursrechtelijk perspectief ook overigens vragen kunnen oproepen.⁵ In het kader van de herziening zou zij daarom kunnen worden heroverwogen.⁶ Wanneer ik hierna spreek van ‘toestemmingen’ heb ik zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke toestemmingen op het oog, tenzij anders is aangegeven. Bepaalde begrippen zal ik met een hoofdletter schrijven, daar waar dat in het modelcontract ook gebeurt.

2 Toestemmingen: verdeling van verantwoordelijkheid

2.1 Systematiek op hoofdlijnen

Het modelcontract maakt een onderscheid tussen verschillende categorieën toestemmingen.⁷ Opdrachtgever en Opdrachtnemer dienen op grond van artikel 6 MBO de verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van die toestemmingen onderling te verdelen.⁸ Daarmee wordt bedoeld dat zij projectspecifieke afspraken moeten maken over welke toestemmingen door wie op welk moment moeten zijn verkregen. Partijen maken die afspraken in een bij de Vraagspecificatie te voegen annex.⁹ Voorzover toestemmingen niet in die annex staan vermeld, behoort het verkrijgen daarvan tot de verantwoordelijkheid van de Opdrachtnemer.¹⁰ In het geval dat een partij er niet (tijdig) in slaagt te bewerkstelligen dat een toestemming wordt verkregen, moet zij de nadelige gevolgen daarvan dragen. In beginsel althans, omdat § 9 en § 10 UAV-GC die nadelige gevolgen onder omstandigheden geheel of gedeeltelijk naar de wederpartij verleggen. Ik kom daar op terug.

3 Zie R.G.T. Bleeker, W.J.M. Herber, B. van der Zijpp, *UAV-GC 2005. Over problemen bij het werken met geïntegreerde contracten*, Den Haag: IBR 2016, p. 49-58; E. van Dam, I. de Groot, D.C. Orobio de Castro, ‘De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?’, *TBR* 2016/4, p. 26-38 op p. 34-36. Zie hierover eerder ook C.E.C. Jansen: ‘Doorbreking van patstellingen bij de toe- en verdeling van verantwoordelijkheden en risico’s met betrekking tot het verkrijgen van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke toestemmingen onder de UAVgc 2005’, *TBR* 2012/102, p. 577-585.

4 Vergelijk Bleeker, Herber en Van der Zijpp 2016, p. 49, die echter kiezen voor het containerbegrip ‘vergunningen’.

5 ‘Beschikking’ in de zin van artikel 1:3 lid 2 Awb is immers eveneens een containerbegrip dat wordt gebruikt voor de aanduiding van een bepaald type besluit in abstracto, waarvan de ‘vergunning’ en de ‘ontheffing’ concrete voorbeelden zijn.

6 Dat is in 2012 ook gebeurd bij de herziening van de Uniforme Administratieve Voorwaarden 1989 (UAV 1989). Zie *Stcrt.* 2012/1567, p. 25: ‘De begrippen ‘vergunningen, ontheffingen of dergelijke beschikkingen’ zijn vervangen door ‘publiekrechtelijke en privaatrechtelijke toestemmingen’.

7 Toelichting art. 6 MBO, p. 22.

8 Toelichting art. 6 MBO, p. 22.

9 Zie art. 6 lid 1 en lid 2 MBO en § 9 lid 1 UAV-GC.

10 Zie art. 6 lid 3 MBO, § 9 lid 2 en § 10 lid 1 en lid 2 UAV-GC.

2.2 Flexibiliteit en professioneel opdrachtgeverschap

Qua systematiek stuit de regeling in het modelcontract niet op principiële bezwaren. Waar men eventueel bij kanilstaan, is dat die regeling zelf niet expliciet bepaalt of de verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van een specifieke toestemming hetzij bij de Opdrachtgever, hetzij bij de Opdrachtnemer berust. Partijen moeten daarover zoals gezegd zelf afspraken maken. Het modelcontract regelt evenmin wat de normatieve uitgangspunten zijn waarbinnen die afspraken moeten kaderen: partijen beschikken wat dat betreft over een ruime mate van flexibiliteit.

Deze flexibiliteit vergroot enerzijds de praktische toepasbaarheid van het modelcontract, maar biedt anderzijds ruimte voor een onwenselijke praktijk waarbij Opdrachtgevers niet of nauwelijks toestemmingen in de in artikel 6 MBO genoemde annex opnemen.¹¹ Zoals hiervoor bleek, komt de verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van de in die annex ontbrekende toestemmingen daarmee in beginsel bij de Opdrachtnemer te liggen. Dat kan problematisch zijn, in die zin dat hij niet altijd de beste partij zal zijn om het verkrijgen van de betreffende toestemmingen te bewerkstelligen. Het is om die reden dat de toelichting enige normatieve richting geeft aan de inhoud van de te maken afspraken.¹² De toelichting beveelt partijen in dit verband aan - in het bijzonder de Opdrachtgever - om voor wat betreft de belangrijke categorie van toestemmingen die betrekking hebben op de opzet en het gebruik van het Werk¹³ aan te sluiten bij de projectspecifieke wijze waarop partijen de aard en omvang van de Ontwerpwerkzaamheden van de Opdrachtnemer in artikel 5 MBO hebben geregeld. De verantwoordelijkheid zal in beginsel bij die partij moeten liggen die bij de uitwerking van het programma van eisen tot een uitvoeringsontwerp een doorslaggevende invloed kan uitoefenen op de verwezenlijking van de kans op het verkrijgen van de hiervoor bedoelde toestemmingen.

Een Opdrachtgever wijkt af van de bovenstaande uitgangspunten wanneer hij enerzijds in artikel 5 lid 2 MBO de ontwerp vrijheid van de Opdrachtnemer aanzienlijk beperkt - omdat hij het ontwerp van het Werk in belangrijke mate zelf of door een derde wenst te (doen) vervaardigen - en anderzijds in de annex niet of nauwelijks toestemmingen opneemt die nodig zijn voor de opzet of het gebruik van het Werk. De toelichting op het modelcontract zou de Opdrachtgever nog nadrukkelijker er op kunnen wijzen dat een dergelijke handelwijze niet getuigt van professioneel opdrachtgeverschap. Wat de Opdrachtgever zich moet realiseren, is dat de als gevolg hiervan naar de Opdrachtnemer verschoven verantwoordelijkheid een inspanningskarakter draagt.¹⁴ Dat betekent dat de kans bestaat dat de nadelige gevolgen van het niet (tijdig) verkrijgen van zo'n toestemming in tweede instantie alsnog door de Opdrachtgever zelf moeten worden gedragen. Het wordt dan voor de Opdrachtgever veel lastiger en ook veel nadeliger om die gevolgen nog het hoofd te bieden, aangezien de Overeenkomst inmiddels volop in uitvoering zal zijn. De Opdrachtgever doet er daarom verstandiger aan te proberen die

11 Over de aard en omvang van deze vermeende praktijk bestaan overigens geen empirische data.

12 Toelichting art. 6 MBO, p. 22-23.

13 Te denken valt aan zogenoemde deelvergunningen op basis van de Wabo, zoals een omgevingsvergunning voor het aanleggen of het bouwen van een Werk, maar bijvoorbeeld ook aan een omgevingsvergunning brandveilig gebruik.

14 Zie § 10 lid 1 *jo.* lid 4 en de Toelichting UAV-GC 2005, p. 47. Zie hierna ook par. 3.

gevolgen in een eerdere fase te voorkomen en/of te beheersen, door zelf van meet af aan verantwoordelijkheid te nemen voor het verkrijgen van de bedoelde toestemmingen.

3 De inspanningsverbintenis van de Opdrachtnemer geproblematiseerd

3.1 Op welk tijdstip geldt de toestemming als ‘verkregen’?

Hiervoor werd reeds opgemerkt dat, voorzover een toestemming nodig is voor de opzet en het gebruik van het Werk en die toestemming niet is vermeld in de bij de Vraagspecificatie gevoegde annex, de Opdrachtnemer een inspanningsverplichting heeft om te bewerkstelligen dat die toestemming tijdig wordt verkregen. De vraag is op welk moment de Opdrachtnemer aan deze verplichting heeft voldaan. Die vraag spitst zich vooral toe op *publiekrechtelijke* toestemmingen. Daarvan bestaat immers het risico dat zij - zoals de UAV-GC dat formuleert¹⁵ - worden vernietigd, ingetrokken, geschorst of van strengere voorwaarden worden voorzien als gevolg van een tegen de verleende toestemming aangetekend bezwaar en/of beroep.¹⁶

Het enkele feit dat tegen een verleende toestemming de mogelijkheid van bezwaar en beroep openstaat, betekent niet dat de Opdrachtnemer eerst dan ontslagen is van zijn inspanningsverplichting wanneer de toestemming onherroepelijk is, in die zin dat deze in rechte niet meer kan worden aangetast. De regeling moet aldus worden begrepen dat de Opdrachtnemer *in beginsel* aan zijn inspanningsverplichting heeft voldaan zodra de toestemming eenmaal is verleend. Voor deze lezing pleit allereerst dat § 10 lid 4 UAV-GC alleen de gevallen regelt waarin sprake is van tekortschieten van de Opdrachtnemer in de nakoming van zijn inspanningsverplichting, indien de toestemming op de overeengekomen datum nog *niet* is verleend. Een andere lezing zou de regeling van § 10 lid 9 ook overigens zinledig maken. Daarin is immers - kort gezegd - bepaald dat de in de leden 4 tot en met 8 van § 10 geregelde rechtsgevolgen, die intreden wanneer de toestemming op de overeengekomen datum nog *niet* is verleend, van overeenkomstige toepassing zijn in het geval dat die toestemming *wel* tijdig is verleend maar die toestemming vervolgens wordt vernietigd, ingetrokken, geschorst of van strengere voorwaarden wordt voorzien.

Toepassing van § 10 lid 9 zou onder omstandigheden overigens kunnen resulteren in het maken van een uitzondering op het beginsel dat de Opdrachtnemer aan zijn inspanningsverplichting heeft voldaan zodra de toestemming eenmaal is verleend. Dat is mijns inziens het geval wanneer met de in die bepaling verlangde ‘overeenkomstige toepassing’ van § 10 lid 4 sub (a) wordt vastgesteld dat de vernietiging, intrekking, schorsing of het van strengere voorwaarden voorzien het gevolg is van het niet voldoen van de Ontwerpwerkzaamheden aan de voor het Werk relevante bouwtechnische- en milieutechnische overheidsvoorschriften en dit aan de Opdrachtnemer kan worden toegerekend.

15 Zie § 9 lid 9 en § 10 lid 9 UAV-GC.

16 Wanneer ik in par. 3 het begrip ‘toestemmingen’ gebruik, doel ik dan ook vooral op *publiekrechtelijke* toestemmingen.

3.2 Een alternatieve regeling: toestemming moet 'bruikbaar' zijn?

Van Dam, De Groot en Orobio de Castro hebben bepleit om in de UAV-GC te regelen dat de Opdrachtnemer pas met de Uitvoeringswerkzaamheden mag (of behoeft te) starten wanneer de daarvoor benodigde toestemmingen - en ook hier gaat het dan vooral om toestemmingen van *publiekrechtelijke* aard - niet alleen zijn *verleend* maar daarenboven ook *bruikbaar* zijn.¹⁷ Daarvan is volgens de auteurs sprake wanneer de toestemming weliswaar nog niet onherroepelijk is maar de kans gering is dat deze op een later moment nog in rechte zal worden aangetast, bijvoorbeeld omdat een schorsingsverzoek inmiddels is afgewezen.¹⁸

Vooropgesteld kan worden dat wanneer tegen een in beginsel verleende toestemming bezwaar wordt gemaakt en de Opdrachtgever het in dat geval niet wenselijk acht dat de Opdrachtnemer met de Werkzaamheden start, de Opdrachtgever gebruik kan maken van zijn bevoegdheid die Werkzaamheden te schorsen in afwachting van de uitkomst van de bezwaar- of beroepsprocedure.¹⁹ In zoverre bevat de UAV-GC derhalve een regeling. Dit laat echter onverlet dat, voor zover de Opdrachtgever *geen* gebruik maakt van zijn schorsingsbevoegdheid, de Opdrachtnemer zelf een inschatting moet maken van de rechtsgevolgen die op grond van § 10 leden 4 tot en met 8 zullen intreden wanneer het bezwaar of beroep tegen een verleende toestemming onverhoopt wordt gehonoreerd. Het is vervolgens aan hem om het resultaat van die inschatting te betrekken bij zijn beslissing om de Werkzaamheden al dan niet te starten. Wanneer ook de preadviescommissie die zich met de herziening van het modelcontract bezighoudt deze consequentie problematisch acht, zou een oplossing zoals door Van Dam, De Groot en Orobio de Castro bepleit kunnen worden overwogen.

3.3 Verleende toestemming blijft in stand, maar toch is een Wijziging nodig

Van Dam, De Groot en Orobio de Castro hebben er verder nog op gewezen dat § 10 lid 9 UAV-GC geen regeling bevat voor het geval dat het tegen de verleende toestemming ingestelde bezwaar of beroep - uiteindelijk - niet leidt tot een vernietiging, intrekking of schorsing van die toestemming, maar de bezwaar- of beroepsprocedure wel het inzicht heeft opgeleverd dat een Wijziging nodig is.²⁰

Het is de vraag of dit geval nog aanvullende regeling in de UAV-GC behoeft en of dat dan in § 10 zou moeten gebeuren. Vooropgesteld kan worden dat wanneer *geen* vernietiging, intrekking of schorsing van de in beginsel verleende toestemming plaatsvindt, die toestemming daarmee definitief wordt.²¹ Onduidelijk is dan, waarom volgens de auteurs toch een Wijziging noodzakelijk zou kunnen zijn 'als gevolg van bezwaar en beroep'. Op zich is natuurlijk denkbaar dat de Opdrachtgever en/of de Opdrachtnemer tijdens

17 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 35.

18 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 34.

19 Zie § 16 lid 1.

20 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 35. Ook hier gaat het dus vooral om *publiekrechtelijke* toestemmingen.

21 Zie par. 3.1.

de bezwaar- of beroepsprocedure tot het voortschrijdend inzicht komen dat - bijvoorbeeld - de Vraagspecificatie, Documenten of Werkzaamheden een Wijziging behoeven. Maar in het geschatte geval wordt die Wijziging dan toch niet geïndiceerd door een *succesvolle* bezwaar- of beroepsprocedure? Anders gezegd: de beoogde Wijziging is niet noodzakelijk om de verleende toestemming te redden van een dreigende vernietiging, intrekking of schorsing. Wanneer partijen dan desalniettemin willen overgaan tot een Wijziging zoals hiervoor bedoeld, staat hen dat binnen de kaders van de Overeenkomst natuurlijk vrij. Daarvoor kunnen zij dan echter gebruik maken van de bepalingen van § 14 en § 15.

3.4 Verleende toestemming wordt van strengere voorwaarden voorzien

Een andere bepaling die tot vragen heeft geleid is § 9 lid 9 en - in het verlengde daarvan - de eerdergenoemde § 10 lid 9 UAV-GC. Daarin worden de rechtsgevolgen die intreden in het geval dat een toestemming op de daarvoor overeengekomen datum nog *niet* is verleend, van overeenkomstige toepassing verklaard op - onder andere - het geval dat die toestemming *wel* tijdig is verleend maar alsnog van strengere voorwaarden wordt voorzien. Bleeker, Herber en Van der Zijpp hebben in dit verband opgemerkt:

‘Daarbij komt de vraag wat is bedoeld met de comparatief ‘strenger’: strenger dan de eerder vastgestelde voorwaarden of strenger dan de in de overeenkomst opgenomen eisen? Wanneer men uitgaat van de eerste uitleg ontstaat de merkwaardige situatie dat *ab initio* vastgestelde ‘strengere’ vergunningvoorwaarden voor risico van de aannemer zijn, en daarna toegevoegde ‘strengere’ voorwaarden voor risico van de opdrachtgever. Beter is het aan te sluiten bij het uitgangspunt van par. 11 lid 3 UAV-GC, dat de gevolgen van beschikkingen die na de datum van de aanbidding van kracht worden voor risico van de opdrachtgever zijn, tenzij die gevolgen voorzienbaar waren.’²²

Vooropgesteld moet worden dat § 9 lid 9 en § 10 lid 9 alleen betrekking hebben op het geval dat een toestemming - onder voorwaarden - *is verleend* en die toestemming *in een later stadium*²³ - ‘alsnog’ - van strengere voorwaarden wordt voorzien dan de *oorspronkelijke* voorwaarden waaronder zij werd verleend. Dat *laatste* staat weliswaar niet expliciet in de toelichting maar lijkt desalniettemin toch de bedoeling van de opstellers te zijn geweest, gegeven de aard van de overige situaties die § 9 lid 9 en § 10 lid 9 noemen. Voor al die situaties geldt immers dat de toestemming in beginsel tijdig is verleend en dat die toestemming - met inbegrip van de daarbij behorende (oorspronkelijke) voorwaarden - de Opdrachtnemer op het moment van verlenen daarvan niet voor een verrassing stelt. Die verrassing ontstaat pas wanneer de bruikbaarheid van de verleende toestemming op losse schroeven komt te staan: zij wordt vernietigd, ingetrokken, geschorst of: van strengere voorwaarden voorzien. Voor het hier bedoelde geval is het dan niet nodig om wat de regeling van de rechtsgevolgen betreft aansluiting te zoeken bij de regeling van § 11 lid 3, nu § 9 lid 9 en § 10 lid 9 voor die rechtsgevolgen immers terugverwijzen naar

22 Bleeker, Herber en Van der Zijpp 2016, p. 53. De problematiek spitst zich opnieuw toe op toestemmingen met een *publiekrechtelijk* karakter.

23 Zie ook Toelichting UAV-GC, § 9 lid 9 en § 10 lid 9, p. 46 en p. 49: ‘in latere instantie’.

de overeenkomstige toepassing van de leden 3 tot en met 8 respectievelijk 4 tot en met 8 van die paragrafen.²⁴

Het voorgaande betekent verder dat § 9 lid 9 en § 10 lid 9 *geen* betrekking hebben op het geval waarbij de verlening van de toestemming *van meet af aan* plaatsvindt onder strengere voorwaarden dan die waarmee de Opdrachtnemer bij het doen van zijn Aanbieding redelijkerwijze rekening had moeten houden. Het is ook overigens maar de vraag of de UAV-GC voor dat geval in een specifieke regeling voorzien.²⁵ Te overwegen valt daarom het modelcontract op dit punt te verduidelijken en zo nodig aan te vullen. Het lijkt dan op het eerste gezicht voor de hand te liggen om wat de inhoud van die regeling betreft aan te sluiten bij het uitgangspunt van § 11 lid 3.²⁶ Of die regeling daarenboven ook een plaats in die paragraaf moet krijgen, is echter de vraag. § 11 lid 3 regelt immers enkel het recht van de Opdrachtnemer op kostenvergoeding en termijnsverlenging, met inachtneming van het bepaalde in § 44 lid 1 sub (a), in het geval dat hij wordt geconfronteerd met wettelijke voorschriften en beschikkingen van overheidswege die na de dag waarop hij zijn Aanbieding heeft gedaan in werking zijn getreden en redelijkerwijs moet worden aangenomen dat hij de gevolgen van de naleving van die voorschriften en beschikkingen op die dag niet reeds had kunnen voorzien. Toepassing van deze bepaling vooronderstelt dat de Opdrachtgever geen problemen heeft met de impact die de onverwachte wettelijke voorschriften en beschikkingen op de uitvoering van de Overeenkomst hebben. Aangenomen mag echter worden dat wanneer *gelijktijdig* met het verlenen van een bepaalde toestemming voorwaarden aan die toestemming worden verbonden die strenger zijn dan die waarmee de Opdrachtnemer bij het doen van zijn Aanbieding redelijkerwijze rekening had moeten houden, de Opdrachtgever de behoefte zal hebben om de uitvoering van de Overeenkomst te kunnen heroverwegen. Daarvoor bieden § 9 en § 10 een alomvattend kader. In zoverre valt er dan ook iets voor te zeggen om de regeling van het hier bedoelde geval een plaats te geven in die bepalingen.²⁷ Van Dam, De Groot en Orobio de Castro hebben gesuggereerd dat dan zou

24 Bleeker, Herber en Van der Zijpp merken op p. 58 van hun boek nog op: 'Ten onrechte verwijst lid 9 [van § 10, C/] evenwel naar de leden 4 tot en met 8, waardoor gesuggereerd wordt dat sprake kan zijn van een tekortkoming van de Opdrachtnemer (lid 4). Bedoeld is kennelijk te verwijzen naar de leden 6 tot en met 8.' De verwijzing naar lid 4 (en lid 5) is - anders dan de auteurs menen - niet ten onrechte. Zoals hierboven in par. 3.1 *in fine* al werd opgemerkt, valt immers niet uit te sluiten dat de vernietiging, intrekking, schorsing of het van strengere voorwaarden voorzien van een (tijdig) verleende toestemming het gevolg is van het niet voldoen van de Ontwerpwerkzaamheden aan de voor het Werk relevante bouwtechnische- en milieutechnische overheidsvoorschriften en dit aan de Opdrachtnemer kan worden toegerekend.

25 Daarop wijzen ook Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 34, die spreken van 'aanvullende eisen'. Zie ook op p. 35 van hun artikel. In zoverre valt de opmerking van Bleeker, Herber en Van der Zijpp - zie hun hierboven in de hoofdttekst weergegeven citaat - dat op grond van § 9 lid 9 de '*ab initio* vastgestelde 'strengere' vergunningvoorwaarden voor risico van de aannemer zijn', dan ook niet goed te plaatsen.

26 Zoals ook Bleeker, Herber en Van der Zijpp dat hebben gedaan voor het eerste in de onderhavige paragraaf besproken geval.

27 Dat laat onverlet dat ook wanneer men het hier besproken geval zou willen regelen in § 11 UAV-GC, de Opdrachtgever de uitvoering van de Overeenkomst zal kunnen heroverwegen en gebruik zal kunnen maken van zijn bevoegdheid de Werkzaamheden te schorsen (§ 16 lid 1), een Wijziging op te dragen (§ 14 lid 1) of de Overeenkomst op te zeggen (§ 16 lid 8). Het verschil is vooral praktisch van aard: in § 9 en § 10 zijn alle eventualiteiten en de daaraan verbonden rechtsgevolgen in kaart gebracht

kunnen worden volstaan met het schrappen van het woord ‘alsnog’ in § 10 lid 9.²⁸ Het zou dan overigens consistent zijn dat ook te doen in § 9 lid 9. Het is echter de vraag of daarmee wel voldoende duidelijk wordt dat *beide* hierboven uitgewerkte gevallen onder het toepassingsgebied van die bepalingen vallen. Een alternatief zou daarom kunnen zijn om beide gevallen maar expliciet te benoemen in § 9 lid 9 en § 10 lid 9.

Een aandachtspunt dat dan nog resteert, betreft het volgende. De gevallen waarin een tijdig verleende toestemming in een later stadium wordt vernietigd, ingetrokken of geschorst, verschilt in een bepaald opzicht van het geval waarin aan die toestemming voorwaarden worden verbonden - hetzij gelijktijdig met het verlenen van die toestemming, hetzij in een later stadium - die strenger zijn dan die waarmee de Opdrachtnemer bij het doen van zijn Aanbieding redelijkerwijze rekening had moeten houden. In de eerstgenoemde gevallen zal de Opdrachtnemer de Werkzaamheden niet kunnen voortzetten omdat een ‘bruikbare’ toestemming immers ontbreekt.²⁹ Een ‘open einde’-situatie zal vervolgens niet kunnen ontstaan, aangezien ófwel de Opdrachtgever ófwel de Opdrachtnemer - geconfronteerd met de ontstane situatie - op basis van § 9 lid 9 of § 10 lid 9 de overeenkomstige toepassing zal invoeren van een of meer van de leden 3 tot en met 8 respectievelijk leden 4 tot en met 8 van die bepalingen. In het geval echter dat aan de verleende toestemming op enig moment voorwaarden worden verbonden waarmee de Opdrachtnemer geen rekening behoefde te houden, zal hij de Werkzaamheden desalniettemin kunnen voortzetten. De kans bestaat dan dat hij dat laatste ook daadwerkelijk zal doen, zonder de Opdrachtgever eerst in de gelegenheid te stellen de uitvoering van de Overeenkomst te heroverwegen. In het verlengde daarvan zal de Opdrachtnemer een claim voor kostenvergoeding en/of termijnsverlenging op grond van § 44 lid 1 sub (a) willen indienen om de gevolgen van de onverwachte voorwaarden op te kunnen vangen. Het gevaar is dan dat partijen vervolgens in een ‘open einde’-situatie verzeild raken, in die zin dat tussen hen een debat ontstaat over de vraag of de Opdrachtnemer bij het doen van zijn Aanbieding redelijkerwijze rekening had moeten houden met de voorwaarden. Dat alles maakt dat het verstandig lijkt in § 9 en § 10 een voorziening te treffen die partijen als het ware dwingt om een pas op de plaats te maken - net zoals dat het geval is wanneer een verleende toestemming wordt vernietigd, ingetrokken of geschorst - zodat partijen daadwerkelijk het spoor zullen volgen van de overeenkomstige toepassing van § 9 leden 3 tot en met 8 dan wel § 10 leden 4 tot en met 8.

3.5 Toestemming wordt niet verleend: vergoeding na beëindiging Overeenkomst

De Opdrachtnemer schiet enkel en alleen te kort in de nakoming van zijn inspanningsverplichting van § 10 lid 1 UAV-GC indien het niet of niet tijdig verlenen van een toestemming het gevolg is van een van de omstandigheden genoemd in lid 4 van die bepaling. Wanneer het niet (tijdig) verlenen niet op zo’n omstandigheid kan worden teruggevoerd, is de Opdrachtgever aan zet om uit de ontstane impasse te geraken. Een

voor de in die bepalingen geregelde gevallen. § 11 doet dat niet voor de in die bepaling geregelde gevallen: daarvoor moet men elders in de UAV-GC te rade gaan.

28 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 35.

29 Zie par. 3.2.

van de mogelijkheden die hij in dat geval heeft, is de Overeenkomst op te zeggen.³⁰ Doet de Opdrachtgever echter niets, dan is de Opdrachtnemer aan zet en kan hij - binnen de kaders van het bepaalde in § 10 lid 7 - de Overeenkomst ontbinden. Zowel de opzegging door de Opdrachtgever als de ontbinding door de Opdrachtnemer geven de laatste aanspraak op een financiële vergoeding. Voor de berekening van de omvang daarvan verwijst § 10 lid 8 naar het bepaalde in § 16 lid 10 sub (a) en (c).³¹ De Opdrachtnemer kan - bovenop die vergoeding - ook nog aanspraak maken op een *schadevergoeding* in het geval dat de opzegging of ontbinding is terug te voeren op een tekortkoming van de Opdrachtgever.³² Die schadevergoeding bedraagt dan 5% van het resterende deel van de in de Basisovereenkomst vastgelegde prijs, dat de Opdrachtgever verschuldigd zou zijn geweest bij volledige uitvoering van de Werkzaamheden.

In de literatuur is gesuggereerd dat deze laatste regeling inconsistent lijkt met de regeling van het spiegelbeeldige geval in § 9 lid 8. Het gaat dan om het geval waarin de Opdrachtgever de Overeenkomst ontbindt omdat hij er - ten gevolge van een tekortkoming van de Opdrachtnemer - niet in is geslaagd te bewerkstelligen dat een bepaalde toestemming wordt verleend. In dat geval heeft de Opdrachtgever aanspraak op een schadevergoeding van ten hoogste 5% van de in de MBO vastgelegde prijs. Bleeker, Herber en Van der Zijpp merken hierover op:

‘Ons is niet duidelijk waarom de opdrachtgever, als hij toerekenbaar tekortschiet, 5% over de *resterende* aanneemsom als schadevergoeding dient te betalen, maar de aannemer bij toerekenbaar tekortschieten maximaal 5% over de *gehele* aanneemsom als schadevergoeding dient te betalen. De toelichting geeft geen verklaring voor dit verschil’.³³ [Mijn cursiveringen, C/].

Het verschil kan als volgt worden verklaard. Vooropgesteld dient te worden dat zowel § 9 als § 10 - onder andere - twee hierna nog te bespreken gevallen op consistente wijze regelen. De regeling van deze gevallen is - op goede gronden overigens - echter verschillend. De toelichting legt dat ook uit, maar doet dat onvoldoende helder. Ik werk een en ander hierna uit.

In de eerste plaats kan het geval worden onderscheiden waarbij ófwel een door de Opdrachtgever op grond van § 9 lid 1 ófwel een door de Opdrachtnemer op grond van § 10 lid 1 te verkrijgen toestemming niet (tijdig) wordt verleend, zonder dat dit verband houdt met een tekortkoming van de *Opdrachtnemer*. In dat geval ontstaat een patstelling die de Opdrachtgever zowel onder § 9 als § 10 onder andere kan doorbreken door de Overeenkomst op te zeggen. Doet hij dat niet, dan kan de Opdrachtnemer de Overeenkomst ontbinden. In dit ‘neutrale’ geval heeft de Opdrachtnemer zoals gezegd in ieder

30 Zie § 10 lid 6 sub (b) *jo.* § 16 lid 8.

31 De Opdrachtnemer kan dan aanspraak maken op vergoeding van de in de MBO vastgelegde prijs, berekend naar de stand van de Werkzaamheden op het moment van de opzegging of de ontbinding en op vergoeding van alle gemaakte en nog te maken kosten die voortvloeien uit verplichtingen die hij op het tijdstip van de opzegging of de ontbinding reeds is aangegaan met het uitvoeren van de Overeenkomst.

32 Zie § 10 lid 8, tweede zin. Voor de berekening van de omvang van die schadevergoeding verwijst § 10 lid 8 naar het bepaalde in § 16 lid 10 sub (b).

33 Bleeker, Herber en Van der Zijpp 2016, p. 53.

geval aanspraak op de vergoeding genoemd in § 16 lid 10 sub (a) en (c).³⁴ Wanneer echter voor dit geval tevens komt vast te staan dat het niet verkrijgen van de toestemming verband houdt met een toerekenbare tekortkoming van de Opdrachtgever in de nakoming van enige verbintenis, kan de Opdrachtnemer - opnieuw: zowel onder § 9 als § 10 - daarenboven ook nog aanspraak maken op de in § 16 lid 10 sub (b) genoemde schadevergoeding. Waarom die schadevergoeding zich in dat geval beperkt tot 5% van dat deel van de prijs dat correspondeert met het nog niet uitgevoerde deel van het Werk, wordt uitgelegd in de toelichting op § 9 lid 4:

'In de derde plaats omvat de krachtens de wet toe te kennen schadevergoeding de door de Opdrachtnemer gederfde winst (artikel 6:96 BW), die in de regel zal bestaan uit winst die wordt gederfd ter zake *dat gedeelte van het Werk dat als gevolg van de toerekenbare tekortkoming van de Opdrachtgever niet kan worden uitgevoerd*. Omdat hier in feite een parallel kan worden getrokken met het in § 16 lid 8 geregelde geval waarin de Opdrachtgever de Overeenkomst opzegt, wordt voor wat betreft het bepalen van de omvang van die winstvergoeding in lid 4 aangesloten bij de regeling van § 16 lid 10 sub (b). Zie hierna overigens de toelichting op lid 7.³⁵ [Mijn cursivering, C/]

Het voorgaande betekent dus dat de Opdrachtnemer de winst over dat gedeelte van het Werk dat hij *wel* heeft kunnen uitvoeren, reeds vergoed krijgt via de band van § 16 lid 10 sub (a). Dat geldt overigens ook voor de reeds gemaakte algemene kosten die met dat gedeelte van het Werk verband houden.³⁶

Dat brengt mij bij het tweede te onderscheiden geval. Het uitgangspunt is opnieuw dat ófwel een door de Opdrachtgever op grond van § 9 lid 1 ófwel een door de Opdrachtnemer op grond van § 10 lid 1 te verkrijgen toestemming niet (tijdig) wordt verleend. Anders dan in het eerste geval, staat het niet (tijdig) verlenen van de toestemming nu *wel* in verband met een tekortkoming van de *Opdrachtnemer*. Wanneer dan tevens komt vast te staan dat die tekortkoming aan hem kan worden toegerekend, is het nu de Opdrachtgever die aanspraak kan maken op schadevergoeding. Wanneer het hier besproken geval zich voordoet onder § 9, is dat zoals gezegd geregeld in lid 8 van die bepaling. Maar ook § 10 regelt dit geval - en consistent met § 9 lid 8 - in lid 5. De toelichting op § 9 lid 8 legt inderdaad niet uit waarom de schadevergoeding waarop de Opdrachtgever in dit tweede geval aanspraak kan maken van een andere orde is dan die waarop de Opdrachtnemer in het spiegelbeeldige eerste geval aanspraak kan maken. Maar de toelichting op § 10 lid 5 doet dat wel:

'Deze schadevergoeding kan nooit meer bedragen dan 5% van de in artikel 2 lid 4 Model Basisovereenkomst vastgelegde prijs. Deze schadevergoeding is bedoeld om de Opdrachtgever te compenseren voor het feit dat het Werk niet wordt gerealiseerd. Deze bepaling stemt overeen met § 9 lid 7 waarin in feite dezelfde situatie wordt geregeld.³⁷

34 De toelichting op § 9 lid 7 op p. 46 legt goed uit waarom de Opdrachtnemer in dit geval geen aanspraak kan maken op de vergoeding bedoeld in par. 16 lid 10 sub (b). De toelichting legt daar bovendien een koppeling met § 10 lid 8.

35 Toelichting UAV-GC 2005, p. 44.

36 Mijns inziens zien Bleeker, Herber en Van der Zijpp dat over het hoofd wanneer zij opmerken dat de regeling van § 16 lid 10 onvolledig is, zie Bleeker, Herber en Van der Zijpp 2016, p. 51-52 en p. 107.

37 De verwijzing naar lid 7 is natuurlijk niet correct. Dat moet zijn: lid 8, laatste volzin.

De ogenschijnlijke inconsistentie waar Bleeker, Herber en Van der Zijpp op wijzen, kan al met al dus worden verklaard vanuit het verschil in belang dat tussen de spiegelbeeldige gevallen bestaat. Het belang van de Opdrachtgever is dat hij wordt gecompenseerd voor het feit dat het Werk vanwege een tekortkoming van de Opdrachtnemer niet wordt gerealiseerd. Het belang van de Opdrachtnemer is dat hij wordt gecompenseerd voor de winstderving die hij lijdt in het geval dat een tekortkoming van de Opdrachtgever de realisatie van het Werk permanent verhindert.

4 Besluit

Zoals ik in de inleiding van deze bijdrage opmerkte, beraadt een door de CROW ingestelde preadviescommissie zich op dit moment over de herziening van de MBO met bijbehorende UAV-GC 2005. In dat kader wordt ook hoofdstuk 5 UAV-GC onder de loep genomen. In de literatuur is een aantal kanttekeningen bij dat hoofdstuk geplaatst. Naar aanleiding daarvan heb ik de regeling in dat hoofdstuk onderzocht en kom ik tot de conclusie dat die kanttekeningen voor het merendeel kunnen worden ondervangen door het opnemen van aanvullingen en verduidelijkingen in de toelichting bij het modelcontract. De preadviescommissie zou zich daarnaast nog kunnen buigen over twee kwesties die hoofdzakelijk verband houden met toestemmingen die *publiekrechtelijk* van aard zijn. De eerste kwestie betreft het geval waarin het onzeker is wat de uitkomst zal zijn van een tegen een verleende toestemming ingesteld bezwaar of beroep, waardoor de Opdrachtnemer een risico loopt wanneer hij besluit de Werkzaamheden desalniettemin te starten.³⁸ De tweede kwestie betreft het geval waarin aan een toestemming voorwaarden worden verbonden - hetzij gelijktijdig met het verlenen van die toestemming, hetzij in een later stadium - die strenger zijn dan die waarmee de Opdrachtnemer bij het doen van zijn Aanbieding redelijkerwijze rekening had moeten houden.³⁹

38 Zie par. 3.2.

39 Zie par. 3.4.